



**materialien\***

VERÖFFENTLICHUNG DER SPD-BUNDESTAGSFRAKTION

[WWW.SPDFRAKTION.DE](http://WWW.SPDFRAKTION.DE)

# \* Reform der Medien- und Kommunikationsordnung

## Anlagen zu den Antworten der Branchenbefragung

Stand: Oktober 2014



# Anlagenverzeichnis

**1. Prof. Dr. Nico Grove, Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M., Prof. Dr. Dres. h.c. Arnold Picot und Joachim Sedlmeir, M.Sc.**

- Safeguarding the Openness of the Internet: Legal & Exonomic Considerations towards a Draft Framework for Network Neutrality in Europe

**2. VG Media**

- Gutachten zur Beteiligung der Sendeunternehmen an der Leermedienabgabe unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH

**Safeguarding the Openness of the Internet:  
Legal & Economic Considerations towards a Draft Framework  
for Network Neutrality in Europe**

**Prof. Dr. Nico Grove**

Institute for Infrastructure Economics & Management  
Bauhaus-University Weimar  
Marienstrasse 7A  
D-99423 Weimar  
Phone: + 49 (0) 36 43 / 58 45 63  
E-Mail: nico.grove@uni-weimar.de

**Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M.**

Institute for Information, Telecommunication and Media Law  
University of Münster  
Leonardo-Campus 9  
D-48149 Münster  
Phone: + 49 (0) 251 / 8 33 86 41  
E-Mail: holznagel@uni-muenster.de

**Prof. Dr. Dres. h.c. Arnold Picot**

Research Center for Information, Organization and Management  
Ludwig-Maximilians-Universität München  
Munich School of Management  
Ludwigstraße 28  
D-80539 Munich  
Phone: + 49 (0) 89 / 21 80 22 52  
E-Mail: picot@lmu.de

**Joachim Sedlmeir, M.Sc.**

Research Center for Information, Organization and Management  
Ludwig-Maximilians-Universität München  
Munich School of Management  
Ludwigstraße 28  
D-80539 Munich  
Phone: + 49 (0) 89 / 21 80 62 00  
E-Mail: sedlmeir@bwl.lmu.de

# Safeguarding the Openness of the Internet: Legal & Economic Considerations towards a Draft Framework for Network Neutrality in Europe

Nico Grove<sup>1</sup>

Bernd Holznagel<sup>2</sup>

Arnold Picot<sup>3</sup>

Joachim Sedlmeir<sup>4</sup>

## Abstract

Network neutrality represents a widely discussed phenomenon in academic, economic and political fields. While the Netherlands and Slovenia are currently the only countries within Europe where explicit rules regarding network neutrality were fixed by law, other member states have refrained from such policies so far. As a matter of fact, a common European position is required for fundamental policies towards a non-discriminatory transfer of data.

The authors of this paper propose, therefore, a draft framework in order to guarantee the openness of the Internet in Europe. The main regulatory objectives consist of six major pillars: safeguarding *competition, freedom of transport, integrity/authenticity, innovation, transparency for the consumer*; and *consumer's choice*. To ensure these regulation objectives, general principles are introduced, represented by a ban of discrimination and blocking potential illegal treatment of discrimination or artificial transfer speed mechanisms, a disregard towards manipulation or blocking as well as explicit transparency rules.

Summing up, the framework proposes the transport of media, broadcast and telecommunication services to be provided on a non-discriminatory basis. Exemptions exist only for objectively justifiable reasons making discrimination necessary – either for technical and legal reasons or in a fixed capacity fraction if used as a business model.

In a discussion section, the draft framework is explained by legal and economic considerations, including principles and market mechanisms affected from these legal propositions.

**KEYWORDS:** *Network Neutrality, Telecommunication, Regulation, Common Law, Draft Framework, Deep Packet Inspection*

---

<sup>1</sup> Assistant Professor at the Institute for Infrastructure Economics & Management, Bauhaus-University Weimar

<sup>2</sup> Professor at the Institute for Information, Telecommunication and Media Law (ITM), University of Münster

<sup>3</sup> Professor at the Research Center for Information, Organization and Management, Ludwig-Maximilians-Universität München

<sup>4</sup> PhD Researcher at the Research Center for Information, Organization and Management, Ludwig-Maximilians-Universität München

# 1 Network neutrality defined<sup>5</sup>

In current scientific, economic and political debates, there exists a broad range of positions and opinions regarding the term network neutrality. While most of the attempts to define network neutrality are similar in the assumption that a violation of neutrality exists in an unequal treatment (i.e. discrimination) of single bits, certain applications or specific competitors,<sup>6</sup> the inconsistent and in part conflicting attitudes regarding this phenomenon are still reflected in terms of a lacking general and widespread accepted definition.<sup>7</sup>

The concept of network neutrality was mainly shaped by Wu, setting network neutrality equal to an Internet, in which no prioritization of specific applications (e.g. the World Wide Web) compared to others (e.g. e-mail) is tolerated.<sup>8</sup> In this vein, an equal treatment of all data transferred by network operators – regardless of specific content and services – is regarded as an important precondition for fair competition between the providers of services and applications.<sup>9</sup> While there exist already considerations enforcing network operators to an equal treatment of data packets in order to prevent any forms of anti-competitive discrimination,<sup>10</sup> within the European Union, the Netherlands and Slovenia are currently the only states having introduced explicit rules regarding network neutrality by law – other member states have still refrained from such policies so far.

# 2 Basic principles of the Internet<sup>11</sup>

The transfer and exchange of data via the Internet and its various services is the result of complex interactions of a variety of actors and their specific functional areas. At the one end of the value chain, services providers are positioned, holding their own network and server infrastructures. At the other end, end-users with their terminals are connected, who – as a consequence of the internet's efficiency and interaction properties – increasingly turn into providers of services and contents. So far, the primary task of the network operators (carriers) and Internet Service Providers (ISPs) has been the provision of an as fast as possible, differentiation-free transmission of data via the Internet, hence facilitating an interruption free Internet connectivity for private and commercial Internet users. The Internet – that itself consists of a multitude of sub-networks and nodes – was initially operated in accordance to the so called “end-to-end principle”, characterized by the allocation of the "intelligence"

---

<sup>5</sup> According to Picot/Grove/Sedlmeir (2012), p. 44.

<sup>6</sup> See Vogelsang (2007), p. 220.

<sup>7</sup> See Picot/Krcmar (2011), pp. 320ff.; Hass (2007), p. 1572; Zhu (2007), p. 630. For a basic classification of attempts to define “network neutrality”, see Vogelsang (2007), p. 220. He distinguishes two main variants in general: In an extreme interpretation, network neutrality is regarded as a strict equal treatment of all bits transferred via the entire Internet - regardless of its content, platform, source, destination, type of service or application. In this vein, no censorship, discrimination or prioritization should be undertaken. In a more moderate way of defining network neutrality, it can be understood as a network-related equality of opportunities in the competition between content and service providers in the broadest sense. Here, a prioritization and price discrimination should explicitly be allowed, as long as objective criteria are predominant, which do not impede or exclude an efficient competitor. See also Kafka (2011), p. 35.

<sup>8</sup> See Wu (2003), p. 145.

<sup>9</sup> See also van Schewick (2007), p. 333.

<sup>10</sup> See Grove/Agic (2012). In addition, the German Federal Ministry of Economics and Technology (BMWi) has recently developed a draft on targeting network neutrality, see BMWi (2013).

<sup>11</sup> According to Picot/Grove/Sedlmeir (2012), pp. 45f.

to the endpoints.<sup>12</sup> The network's one and only task was the transmission of data.<sup>13</sup> In addition, the data transmission was applied in compliance with the "best-effort principle". This means that data packets are transferred in a content-blind manner – without any attempts of grading, prioritization or discrimination.<sup>14</sup> Basically, the data packets were transmitted under the same conditions, at the same speed and regardless of their origin at the best possible way ("a bit is a bit"). A guarantee for an absence of error, delay, loss or speed could not be ensured according to this principle.<sup>15</sup> Thus, the occurrence of packet delays or losses – even if happened by accident – was possible. In accordance, each "package" had the same possibility to be delayed, or to get lost.<sup>16</sup> If temporary capacity constraints occurred, those packets were always transmitted first, which were sent first (first-in, first-out principle). Thus, the speed of the data transportation was solely focused on the available bandwidth. This "neutral", application-agnostic design of the Internet is generally seen as a condition for ensuring transparency, promoting incentives for innovation, safeguarding the free speech, and for supporting a vital competition between content, service and application providers.<sup>17</sup> Prominent examples of the innovative power of the Internet – another addition to a large number – are the video portal YouTube, or Voice-over-IP service Skype. Only the application-blind, innovation-friendly network architecture made the success of these services possible. Neither potential competitors nor the ISPs were able to perform network policy interventions that could restrict or discriminate the testing and diffusion of these services.<sup>18</sup>

### **3 Developing a draft framework for network neutrality**

The following paragraphs describe an adapted draft framework, based on a former working position of Holznagel/Picot/Grove (2012) for ensuring network neutrality, with special regard to European Common Law, targeting an update of the telecommunications framework directive.

#### **3.1 Regulation objectives**

- **Safeguarding competition**

The principles of free competition must be ensured, where network neutrality might harm effective market competition, i.e. markets, where one or more undertakings are in control of the customer's Internet access.

- **Protection of the principle of freedom of transport**

Data packages sent or originating from connected customers have to be delivered, unless proven to violate common or national law or the integrity of network operation.

- **Safeguarding integrity and authenticity**

Content distributed via networks is original and must not be manipulated in any way.

---

<sup>12</sup> See Felten (2006), p. 2.

<sup>13</sup> See Lessig, (2002), p. 1789.

<sup>14</sup> See Schlauri (2010), pp. 28f.

<sup>15</sup> See van Schewick (2010), p. 85.

<sup>16</sup> See Vogelsang (2007), p. 220.

<sup>17</sup> See Reicher (2011), pp. 736-739.

<sup>18</sup> See Grove/Baumann (2012).

- **Safeguarding innovation**

Innovations must be ensured across entire networks. This includes network specific innovations at the core, and network related innovations at the edge of the network.

- **Safeguarding transparency for the consumer**

Consumers must be informed comprehensibly about conditions of network operation.

- **Protection of consumer choice**

Consumers must have sufficient changing or termination rights if the provider fails unreasonably against the principle of network neutrality.

## **3.2 Regulation principles**

- Regarding discrimination and blocking of data traffic, the freedom of transport is affected. Each object to be transported shall be treated equally on its transit path, unless network integrity is substantially harmed.
- Discrimination or artificially slowing down can be regarded as a sub-item of freedom of transport.
- To ensure integrity and authenticity, manipulation or even blocking of content has to be ruled out.
- Transparency is required for the consumer in order to act responsible on the market.
- Transparency and a special right to terminate the contract are required for a customer to act deliberately on the market in the case of a serious violation of the principle of network neutrality.

## **3.3 Proposition for safeguarding network neutrality**

### **a) Paragraph 1: Applicability of the constitutional order**

- (1) The constitutional order applies to services based on platforms/on telecommunication networks. It must be complied with general laws and rules.

### **b) Paragraphs 2 and 3: The principle of non-discriminatory transportation**

- (2) The transport of media, broadcast and telecommunication services is provided on a non-discriminatory basis. Exemptions exist for objectively justifiable reasons making discrimination necessary.
- (3) Media, broadcast and telecommunication services must not be manipulated concerning content and technologically by platform providers/telecommunication network operators in particular. Blocking or slowing down transport is regarded as technical manipulation.

#### **c) Paragraph 4: Justified exceptions**

- (4) Objectively justifiable reasons for discrimination exist, if
  - (i) it is required due to purely technological reasons, especially in case of network operation.
  - (ii) this is necessary for avoiding capacity constraints and therefore for an efficient network management.
  - (iii) it is deliberately chosen as additional service by the customer.
  - (iv) X percent of available transport capacity shall be used for Quality of Service (QoS) offerings for commercial reasons. QoS offerings are services to be transported prioritized with special conditions for an additional fee.

#### **d) Paragraph 5: Transparency rules**

- (5) Transparency rules are enforced according to § 20, 21 Universal Service Directive. Furthermore, an approach according to the German telecommunications law is suggested: The NRA<sup>19</sup> is endowed to force providers of publicly available telecommunications services and the providers of public telecommunications networks to publish comparable, adequate and current information of end-users about the QoS and on to ensure the measures which guarantee equivalence in the access for disabled end-users.

#### **e) Paragraph 6: Special termination rights**

- (6) Participants have a special right of termination, if the provider of telecommunication services does not immediately stop a serious violation of the principles of network neutrality after its determination by the NRA and if the customer is directly affected. Supervision of network neutrality is perused by the NRA technically. An additional complaints procedure for end consumers about possible network neutrality violations is operated by the NRA.

### **3.4 Legal rationale and interpretation of the proposition**

#### **Paragraph 1**

Paragraph 1 clarifies the operative scope of the legal proposition. It emphasizes the validity of the constitution and applied laws. This ensures the applicability of the ban on discrimination for legal contents only, which is also an agreed upon precondition in the United States.

#### **Paragraph 2**

The “best-effort” principle<sup>20</sup> has to be granted within the upcoming new possibilities of “network management” technologies like the “Deep Packet Inspection” (DPI) that enables ISPs to analyze and control the content of transferred data packets. If there are no legal regulations that inhibit the exercise of such measures, insights of these analysis could in turn be used for a content-related discrimination and therefore for a violation of the openness of the Internet.<sup>21</sup> The exclusion of any intervening actions

---

<sup>19</sup> National Regulatory Authority.

<sup>20</sup> For an explanation of this “best-effort” principle, please see section 2.

<sup>21</sup> See Picot/Grove/Sedlmeir (2012), p. 46; Grove/Agic/Sedlmeir (2012), p. 33; Mueller (2011); Mochalski/Schulze (2009).

according to paragraph 2 leads in consequence to a verification of the non-discriminatory principle in the transport of data. Possible exemptions from this rule are described later in paragraph 4.

### **Paragraph 3**

Safeguarding the authenticity of services is desired. For example, in 2004, the Internet Service Provider *Freenet* was supposed to exercise such discriminatory actions by blocking certain websites which contained statements that referred to the company in a critical manner.<sup>22</sup> To avoid such practices, paragraph 3 determines that platform operators/telecommunication network operators shall be restricted to manipulate services concerning content in any way. So, blocking or slowing down of data transport has to be prevented.

### **Paragraph 4**

Paragraph 4 defines the necessary interventions in the data transmission which constitute justified exceptions from the non-discrimination rule as stated in the paragraphs 2 and 3. These exemptions from the principle of a transport without any interventions are granted due to technical reasons only. This includes technical parameters chosen by the customer (as e.g. the prioritization of VPN services). In general, QoS offerings are allowed, however, for a specific share of the total transport capacity available only. This regulatory approach allows platform operators/telecommunication network operators the highest freedom of action. Defining a list of services would require permanent updates and is regarded to be way too complicated to be applicable in practice. Furthermore, such quantitative approaches are already proven in practice (as e.g. in case for cable operators' channel selection: 1/3 must carry section, 1/3 can carry section and 1/3 non-must-carry section).

### **Paragraph 4, (iv): Detailed discussion**

There exists a broad range of opinions on how to ensure an unharmed transfer of Internet protocol packets, as pointed out, including demands for a completely neutral treatment of all data packets without allowing any kinds of intervention at all. However, in practice it is argued that on the one hand only an engagement in cases of capacity constraints makes sense to ensure technical efficiency. On the other hand, the blocking of illegal content by discriminatory measures is also necessary.<sup>23</sup>

Barbara van Schewick (2010) e.g. differentiates two forms of discriminatory actions: application-specific and application-agnostic discrimination. An intervention in the data transfer is regarded application-specific, if this measure is directly related to the application itself, to a specific class of application, or, it is exercised due to particular characteristics of the application.<sup>24</sup> She argues application-related discrimination to be banned, while - under certain conditions - application-agnostic operations to be allowed.<sup>25</sup> Therefore, the blocking of Skype in favor of another voice-over-IP application such as Vonage would be illegal since this intervention would be seen as discrimination of a single application.<sup>26</sup> It is regarded also as illegal to treat specific types of applications differently (e.g. the prioritization of online video against e-mail), to discriminate single protocols (e.g. the different treatment of applications that use the BitTorrent protocol), or to exercise discriminatory measures due to technical requirements of a single application (e.g. the discrimination of latency-sensitive compared to non-latency-sensitive services).<sup>27</sup> However, there are also clearly defined, legitimate exceptions from this non-discrimination rule: Discriminatory operations which generally

---

<sup>22</sup> See Holznagel/Picot/Grove (2010), p. 3; Picot/Grove/Sedlmeir (2012), p. 46.

<sup>23</sup> See Picot/Grove/Sedlmeir (2012), p. 48.

<sup>24</sup> See van Schewick (2012), p. X.

<sup>25</sup> See van Schewick (2010).

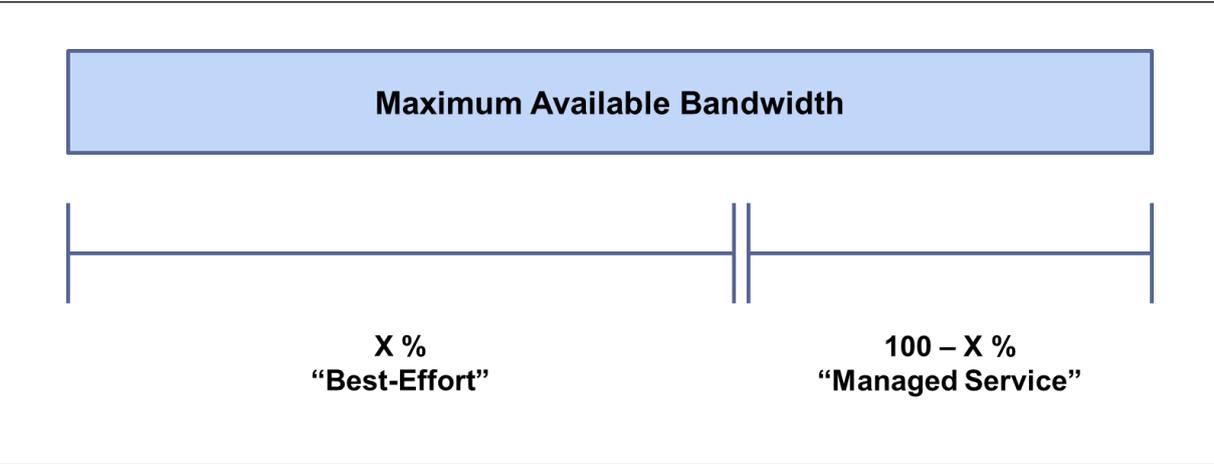
<sup>26</sup> See van Schewick (2010); van Schewick (2012), p. 52.

<sup>27</sup> See van Schewick (2012), p. X; van Schewick (2012), p. 52.

hurt the basic principle of an avoidance of application-related interventions are allowed, as long as no application-agnostic measures are available that are applicable to secure and guarantee a reasonable network management.<sup>28</sup> If the different treatment of single data packets is not practiced due to reasons that refer to the application itself or to its class, it is regarded as “application-agnostic” and won’t be penalized.<sup>29</sup> Hence, setting a price for network access with less waiting and loading times (known as latency) should be treated as legal.<sup>30</sup> According to van Schewick, this approach leads to an optimal balance between social costs and benefits: Due to the general prohibition to discriminate single applications or its classes, disturbing effects on the user behavior concerning online services can be reduced that otherwise would generate significant social costs.<sup>31</sup> In addition, ISPs are able to revert to a pool of legitimate (application-agnostic) measures to follow their business goals without harming the principles of a free Internet.

With the approach presented in Paragraph 4, Section iv, we are aiming to mediate between the van Schewick approach and the regulatory objectives presented in section 3.1.

Following Picot/Grove/Sedlmeir (2012), network neutrality regulation has to focus preserving competition, promoting innovation, securing the integrity and authenticity and ensuring a maximum of transparency for the end users.<sup>32</sup> Thus, all transported data packets should be treated equally, the manipulation or blocking of specific content, applications or services should be eliminated and any taken actions should be disclosed. Discriminatory procedures are generally prohibited. However, two important exceptions have to be allowed. The first exception is the discrimination for legal or technical reasons. It is therefore required to manage and restrict networks in case of catastrophes, to ensure the protection of minors and to pursue network management in order to guarantee the network operation itself.



**Figure 1: Schematic division of the maximum available bandwidth<sup>33</sup>**

The second exception is granting operators business models using network management. In this case, a certain percentage of the user’s available transmission capacity can be reserved for this type of transport (or transport classes) for which – by introducing a special payment – a higher priority and specific performance conditions can be set (so-called "managed transport"). However, the remaining

<sup>28</sup> See van Schewick (2012), pp. 52f.  
<sup>29</sup> See van Schewick (2012), p. X.  
<sup>30</sup> See van Schewick (2010); See Picot/Grove/Sedlmeir (2012), p. 48.  
<sup>31</sup> See van Schewick (2012), p. X-XI.  
<sup>32</sup> The following descriptions of this approach are elaborated in accordance to Picot/Grove/Sedlmeir (2012), p. 48f.  
<sup>33</sup> See Picot/Grove/Sedlmeir (2012), p. 49.

bandwidth must be designed open and accessible in accordance to the neutral best-effort principle.<sup>34</sup> This is illustrated by the Figure 1.

A basic principle of this approach is the absence of a fixed absolute value regarding the bandwidth for the two separated service areas. Rather, the percentage (X percent) depends on the possible bandwidth in the respective rollout situation and on the respective technological level. Therefore, it can be regarded as a dynamic and adaptable regulatory instrument.

However, for a practical implementation of this proposal, there are still two open questions: First, it has to be considered what size “X” should be calculated at. If X is sized too small, it will hardly be possible for basic services to realize data-intensive applications. As a consequence, this service area will be less interesting for many users. They would have to switch to the (more expensive) range of managed services - the higher transport classes. The basic service, which is socio-politically important and also necessary to promote innovations, might decrease while the higher transport classes with their higher prices will become the norm. Otherwise, if the “X” is chosen too high, virtually all applications can be realized via the best-effort service area due to the high level of available capacity. Managed services might become economically unattractive. It is obvious that the determination of the threshold value "X" would trigger a difficult political negotiation process. Furthermore, it is unclear whether such a rule should also refer to the very different connection capacities on site (e.g. in some places only 1 Mbit/s are available, elsewhere it would be 100 Mbit/s) or only on the access capacity of a certain threshold or, for example, to the average realized access conditions over a period. In all solutions which provide transport classes with guaranteed performance characteristics, one has to keep in mind that for such commitments specific agreements and standardizations are necessary in order to ensure a consistent end-to-end quality under the complex conditions of the Internet with its many parts, sub-systems, and changing network layers. Currently it is also unclear how this approach could consistently be managed across the entire global Internet. Again, this aspect shows that the best-effort approach remains of central importance for media dissemination and use in the Internet.

### **Paragraph 5**

In order to guarantee clearness in the end-user information about the QoS and to ensure measures which ensure a non-discriminatory access for disabled end-users, paragraph 5 develops specific transparency rules. This conception corresponds to § 45 of the German Telecommunications Law (Telekommunikationsgesetz – TKG). However, in contrast to the TKG, the NRA will directly be given the competence to act for the establishment of transparency.

### **Paragraph 6**

Finally, paragraph 6 presents special rights to terminate the contract with telecommunications companies in order to strengthen the position of customers in cases of unjustified discriminatory interventions. This regulation helps to reduce switching costs and increases the possibility of provider choice for the customers. It creates incentives for the supplier to pursue the principles of network neutrality in order to reduce customer churn. Furthermore, this rule adds a form of market self-regulation, by leaving supervision to the market itself, including the market players themselves. In this respect, this measure represents a less severe instrument to achieve the regulatory intentions goals. In addition, supervision might be implemented according to § 53 RStV (Rundfunkstaatsvertrag), the “Satzung über Zugangsfreiheit zu den digitalen Diensten und zur Plattformregulierung“.

---

<sup>34</sup> See Holznagel/Picot/Grove (2010).

## 4 Summary

The draft framework for network neutrality presented its targeting safeguarding essential core values of the free Internet consisting of discrimination free exchange of information, regardless of content and services. The regulation objectives are safeguarding competition, innovation, integrity and authenticity, as well as the protection of freedom of transport and consumer choice and transparency. QoS offerings and, hence network management practices are allowed as such, if the consumer is still able to use a specific fraction “X” of the Internet connection at best-effort level. This ratio is deliberately chosen in order to give room for future network centric business model for network operators and providers as well as to guarantee innovation at the edge of the network based on best-effort Internet. The definition of this ratio depends on several influence factors and might be complex to define with regard to all the stakeholders involved.

One has to be aware, that setting none or insufficient standards for network neutrality might lead to serious harms to competition on the one hand. On the other, a too strict network neutrality law might hinder the development of efficiency and new business models for network operators. However, if the primary goal for the European ICT market is to secure competition and consumer choice and allowing for innovations to be made within but also at the edge of the network, further discussions about a legal fixation of network neutrality could benefit from this draft.

## Literature

**BMWi (2013):** Entwurf einer Netzneutralitätsverordnung nach § 41a Abs. 1 TKG, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/V/verordnungsentwurf-netzneutralitaet,property=pdf,be reich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

**Felten, E. W. (2006):** Nuts and Bolts of Network Neutrality. In: Colorado Journal of High-Tech Law (to appear), <http://www.cs.princeton.edu/courses/archive/fall09/cos109/neutrality>.

**Grove, N. and Baumann, O. (2012):** Complexity in the Telecommunications Industry: When Integrating Infrastructure and Services Backfires. In: Telecommunications Policy, Vol. 36, No. 1, pp. 40-50.

**Grove, N. and Agic, D. (2012):** Network Neutrality and Consumer Discrimination: A Cross-Provider Analysis, in: Proceedings of the 12th Pacific Telecommunications Council, 2012.

**Hass, D. (2007):** The Never-Was Neutral Net and Why Informed End Users Can End the Net Neutrality Debates, in: Berkeley Technology Law Journal, Vol. 22, No. 4, pp. 1565-1635.

**Holznagel, B., Picot, A. and Grove, N. (2010):** Submission to the European Commission Addressing the Questionnaire: For Public Consultation on the Open Internet and Net Neutrality in Europe. European Commission, Brussels.

**Kafka, G. (2011):** Keine Maut für das Internet, in: NET – Zeitschrift für das Kommunikationsmanagement, 4/2011, pp. 35-37.

**Lessig, L. (2002):** The Architecture of Innovation. In: Duke Law Journal, Vol. 51, No. 6, pp. 1783-1801.

**Mochalski, K. and Schulze, H. (2009):** Deep Packet Inspection, Applications & Net Neutrality, in: ipoque White Paper Technology, <http://www.ipoque.com/sites/default/files/mediafiles/documents/white-paper-deep-packet-inspection.pdf>.

**Mueller, M. (2011):** DPI Technology from the Standpoint of Internet Governance Studies: An Introduction, Syracuse University School of Information Studies 2011.

**Picot, A., Grove, N. and Sedlmeir, J. (2012):** Aktuelles Stichwort - Netzneutralität, in: MedienWirtschaft, 02/2012, pp. 24-30.

**Picot, A. and Kremer, H. (2011):** Interview mit Marvin Ammori und Christof Weinhardt zum Thema „Netzneutralität und die Zukunft der Telekommunikation“, in: Wirtschaftsinformatik, Vol. 53, No. 5, pp. 319-325.

**Reicher, A. (2011):** Redefining Net Neutrality after Comcast V. FCC, in: Berkeley Technology Law Journal, Vol. 26, No. 1, pp. 733-763.

**Schlauri, S. (2010):** Network Neutrality – Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts, Zürich.

**van Schewick, B. (2007):** Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation, in: Journal on Telecommunications and High Technology Law, Vol. 5, No. 2, pp. 329-391.

**van Schewick, B. (2010):** Internet Architecture and Innovation, Cambridge.

**van Schewick, B. (2012):** Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like, Stanford, Calif.: CIS, Center for Internet and Society, [http://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/20120611-NetworkNeutrality\\_0.pdf](http://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/20120611-NetworkNeutrality_0.pdf).

**Vogelsang, I. (2007):** Infrastrukturwettbewerb und Netzneutralität, in: Picot, A. and Freyberg, A. (Eds.), Infrastruktur und Services – Das Ende einer Verbindung?, Berlin, pp. 219-233.

**Wu, T. (2003):** Network Neutrality, Broadband Discrimination, in: Journal on Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, No. 1, pp. 141-179.

**Zhu, K. (2007):** Bringing Neutrality to the Network, in: Berkeley Technology Law Journal, Vol. 22, No.1, pp. 615-645.

**Gutachten zur Beteiligung der Sendeunternehmen an  
der Leermedienabgabe unter besonderer Berücksichtigung  
der  
aktuellen Rechtsprechung des EuGH**

Im Auftrag der VG Media, Berlin

ZUSAMMENFASSUNG

von

Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge)

o. Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht,

Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht  
Direktor des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht

## **Sachverhalt und allgemeiner Hintergrund:**

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 UrhG haben Sendeunternehmen in Deutschland unter anderem das ausschließliche Recht, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen, Lichtbilder von ihnen herzustellen sowie solche Bild- oder Tonträger oder Lichtbilder zu vervielfältigen. Ihnen steht also ein ausschließliches Recht der Fixierung und der Vervielfältigung ihrer Sendungen zu.

Dennoch sind Sendeunternehmen in ihrer Eigenschaft als Träger des eigenen Leistungsschutzrechts aus § 87 UrhG aufgrund des diesbezüglich im Wortlaut ausdrücklich eingeschränkten Verweises in § 87 Abs. 4 UrhG – anders als Tonträger- und Filmhersteller – von einer Beteiligung an der Kopiervergütung für Privatkopien und Kopien zum sonstigen eigenen Gebrauch auf Grundlage von § 54 UrhG ausgenommen.

Diese Situation ist seit Jahrzehnten Anlass für rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Diskussionen und periodisch angestoßene Reformüberlegungen des deutschen Gesetzgebers, die allerdings bisher nie im Sinne einer Beteiligung der Sendeunternehmen an der Leermedien- und Geräteabgabe weiter verfolgt wurden. Zuletzt stand im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Beiträge und gerichtlichen Auseinandersetzungen die Frage im Mittelpunkt, ob Art. 2 lit. e) i.V.m. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Richtlinie 2001/29/EG (Informationsgesellschafts-Richtlinie) eine Beteiligung an der Vergütung nach § 54 UrhG als „gerechter Ausgleich“ im Sinne der Informationsgesellschafts-Richtlinie aus europarechtlichen Gründen erfordern. Inzwischen hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) den europarechtlichen Rahmen der Bedingung eines gerechten Ausgleichs für die Rechtsinhaber in einer Reihe von Urteilen konkretisiert; weitere wesentliche Vorlageverfahren in diesem Bereich sind anhängig.

Dies war Anlass, die Frage nach der Zulässigkeit des Ausschlusses der Sendeunternehmen von den Vergütungsansprüchen nach § 54 UrhG im Auftrag der VG Media insbesondere im Lichte dieser aktuellen EuGH-Rechtsprechung rechtlich zu beurteilen.

## **Aufgabenstellung:**

- 1) Ist der Ausschluss der Sendeunternehmen von der Beteiligung an der Geräte- und Leermedienvergütung (§ 54 UrhG) gemäß § 87 Abs. 4 UrhG rechtmäßig, insbesondere im Lichte der aktuellen EuGH-Rechtsprechung zum „gerechten Ausgleich“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie mit höherrangigem europäischen Urheberrecht vereinbar?
- 2) Kommt eine Korrektur der rechtlichen Lage nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in Betracht?
- 3) Besteht darüber hinaus gesetzgeberischer Handlungsbedarf?

## Ergebnisse:

- 1) Die derzeitige Gesetzeslage in Deutschland mit dem Ausschluss der Sendeunternehmen von der Beteiligung an der Geräte- und Leermedienvergütung (§ 54 UrhG) gemäß § 87 Abs. 4 UrhG verstößt im Lichte der neueren EuGH-Rechtsprechung zum gerechten Ausgleich i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie gegen die Vorgaben des europäischen Urheberrechts.
- 2) Eine einstweilige Korrektur im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 87 Abs. 4 UrhG ist möglich und zwingend dahingehend geboten, dass die Norm aufgrund der europarechtlichen Vorgabe lediglich die Anwendung des § 47 Abs. 2 S. 2 UrhG ausschließt.
- 3) Dennoch besteht wegen des Gebots klarer Richtlinienumsetzung gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Der deutsche Gesetzgeber ist verpflichtet, zugunsten der Sendeunternehmen die tatsächliche Zahlung eines gerechten Ausgleichs sicherzustellen. Dabei ist als Bemessungsgrundlage an den den Sendeunternehmen durch die Privatkopierschranke entstehenden Schaden anzuknüpfen. Die einfachste, systematisch konsistenteste, praktisch effektivste und daher aus unionsrechtlicher Perspektive für den deutschen Gesetzgeber sicherste Lösung zur Anpassung des deutschen Rechts an diese unionsrechtliche Vorgabe geht dahin, den letzten Teil des § 87 Abs. 4 UrhG zu streichen und so die grundsätzliche Beteiligung der Sendeunternehmen an der Geräte- und Leermedienvergütung sicherzustellen.

## **Zusammenfassung der zugrundeliegenden rechtlichen Beurteilung:**

### **A. Bisherige Stellungnahmen der deutschen Legislative, Judikative und in der Fachliteratur**

Trotz des auf den ersten Blick eindeutigen Wortlauts der Art. 2 lit. e) i.V.m. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Richtlinie 2001/29/EG (Informationsgesellschafts-Richtlinie), der für eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten spricht, zugunsten von Sendeunternehmen als von der Privatkopierschranke betroffenen Rechtsinhabern einen gerechten Ausgleich für ihre aufgrund der erlaubnisfreien Privatkopien entstehenden Schäden vorzusehen, war der deutsche Gesetzgeber des II. Korbs der deutschen Urheberrechtsreform (2007) der Auffassung, dass eine europarechtliche Vorgabe bezüglich der Frage der Beteiligung der Sendeunternehmen nicht existiere. Zur Begründung wurden hinsichtlich des europarechtlichen Hintergrundes im Wesentlichen die durch Erwägungsgrund 35 der Informationsgesellschafts-Richtlinie eingeräumten Spielräume sowie die bestehende divergente Praxis in anderen Mitgliedstaaten angeführt. Entsprechend wurde im II. Korb kein Ausgleichsanspruch der Sendeunternehmen, insbesondere keine Beteiligung an der Geräte- und Leermedienvergütung nach § 54 UrhG, vorgesehen.

Die deutsche Rechtsprechung hat sich mit der hier gegenständlichen Problematik bisher in erster Linie im Rahmen des daraufhin seitens der VG Media angestrebten Staatshaftungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland befasst. Dabei wurde über die Frage eines (schlichten) Europarechtsverstoßes aufgrund der derzeitigen gesetzlichen Lage nicht entschieden. Vielmehr stand allein die Beurteilung des als Voraussetzung des Staatshaftungsanspruchs entscheidenden Aspekts eines hinreichend qualifizierten (erheblichen und offenkundigen) Verstoßes gegen das Unionsrecht im Mittelpunkt. Die Frage eines schlichten Richtlinienverstoßes aufgrund der bestehenden Vergütungsregelungen unter Ausschluss der Sendeunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland ist daher nach deutscher Rechtsprechung derzeit offen. Sie zu entscheiden, liegt nach der im Staatshaftungsverfahren ausdrücklich festgehaltenen Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (2010) in der Zuständigkeit des Gerichtshofs der Europäischen Union.

Die deutsche Literatur ist in der Frage einer Beteiligung der Sendeunternehmen zwiesgespalten. Große Teile der in der bisherigen Literatur erarbeiteten Ergebnisse werden aber - ebenso wie die vorstehend umrissene deutsche Rechtsprechung zur Staatshaftungsfrage - in ihrer Bedeutung dadurch erheblich relativiert, dass die zwischenzeitlich in großem Umfang ergangene Rechtsprechung des EuGH zur Informationsgesellschafts-Richtlinie (Padawan-Urteil [2010]; Stichting de Thuiskopie-Urteil [2011]; Luksan-Urteil [2012]; VG Wort ./.. Kyocera (Drucker & Plotter)-Urteil [2013]; [Amazon.com](https://www.amazon.com) ./.. Austro-Mechana [2013]; indirekt relevant auch VEWA-Urteil [2011]) noch nicht umfassend verarbeitet werden konnte. Die soweit ersichtlich einzige nicht aus der Praxis angeregte ausführliche und spezifische monographische Untersuchung der hier gegenständlichen Frage aus neuerer Zeit, die zumindest die bestehende Lage im

Richtlinienrecht (nicht aber die aktuelle EuGH-Rechtsprechung) schon umfassend einbeziehen konnte, kommt zu dem Ergebnis, dass die europarechtliche Beurteilung eine Beteiligung jedenfalls der privaten Sendeunternehmen zwingend gebietet.

## **B. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum „gerechten Ausgleich“**

Inzwischen lassen sich der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung grundlegende konkretisierende Aussagen zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen des gerechten Ausgleichs entnehmen, die für die Frage der Anspruchsberechtigung der Sendeunternehmen von wesentlicher Bedeutung sind.

### I. Zwingende Bedingung gerechten Ausgleichs

Soweit im mitgliedstaatlichen Recht eine Ausnahme oder Beschränkung für Privatkopien auf beliebigen Trägern existiert, ist die Einführung eines Anspruchs der betroffenen Rechtsinhaber auf gerechten Ausgleich nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie jedenfalls zwingend durch das Unionsrecht vorgeschrieben (Padawan-Urteil, Stichting-Urteil, Luksan-Urteil). Ausnahmen hinsichtlich des grundsätzlichen Anspruchs auf gerechten Ausgleich sind auf Grundlage von Art. 5 Abs. 2 lit. b) nicht möglich (Luksan-Urteil).

### II. Anspruchsinhaber

Zu den betroffenen Rechtsinhabern zählen nach der Begründung des Luksan-Urteils alle in Art. 2 genannten Inhaber des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts und damit auch die Sendeunternehmen (Art. 2 lit. e) Informationsgesellschafts-Richtlinie), die demzufolge originär und unmittelbar Berechtigte auch des nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie vorzusehenden Anspruchs auf gerechten Ausgleich sind.

### III. Ausgestaltung des Anspruchs auf gerechten Ausgleich

1. Hinsichtlich der grundsätzlichen Verpflichtung, im Gegenzug für die Privatkopieausnahme einen Anspruch auf gerechten Ausgleich vorzusehen (des „Ob“ eines gerechten Ausgleichs) und auch hinsichtlich der diesbezüglich unmittelbaren und originären Berechtigung der Sendeunternehmen kann daher aufgrund der schon vorliegenden EuGH-Rechtsprechung kein Zweifel bestehen. Ermessensspielräume verbleiben den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Ausgestaltung des Anspruchs auf gerechten Ausgleich (des „Wie“ eines gerechten Ausgleichs). Auch diese Ermessensspielräume sind aber aufgrund der Vorgaben der Richtlinie und insbesondere aufgrund des Grundsatzes praktischer Wirksamkeit des Unionsrechts (Effektivitätsgrundsatz) eingeschränkt, wobei der EuGH die sich insoweit ergebenden Erfordernisse in seiner aktuellen Rechtsprechung im Einklang mit der Zielsetzung der Informationsgesellschafts-Richtlinie in relativ hohem Umfang konkretisierend strukturiert hat, um eine möglichst kohärente unionsweite Anwendung des gerechten Ausgleichs zu sichern (Padawan-Urteil).

2. Beim Anspruch auf gerechten Ausgleich handelt es sich nach der Rechtsprechung des EuGH um einen *Zahlungsanspruch*, der sich an dem *Schaden* zu orientieren hat, der den betroffenen Rechtsinhabern durch die gesetzliche Gestattung der genehmigungsfreien Privatkopie entsteht (Padawan-Urteil). Grundsätzlich geht der EuGH dabei in seiner bisherigen Rechtsprechung von einem Barauszahlungsanspruch aus; soweit auch mittelbare Formen der Zahlung für einen Teil des Ausgleichs in Betracht kommen – insbesondere im Wege der Auszahlung über die Sozial- und Kultureinrichtungen der Verwertungsgesellschaften –, müssen solche Formen mittelbaren Ausgleichs wiederum jedenfalls tatsächlich den betroffenen Rechtsinhabern zugutekommen (Amazon.com-Urteil).

Die Einzelheiten des Schadensbegriffs sind aufgrund der bisherigen Rechtsprechung nicht endgültig geklärt; immerhin deutet sich im systematischen Gesamtzusammenhang mit der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie an, dass dieser sich am Umfang der ermöglichten erlaubnisfreien Nutzung im Hinblick auf die betroffenen Schutzgegenstände und die Zahl der potentiellen Nutzer orientieren muss (VEWA-Urteil). Das aktuelle Urteil in Sachen VG Wort ./ Kyocera (Drucker & Plotter) hat diesen Zusammenhang des Schadensersatzes mit der gebotenen Vergütung der durch die Ausnahme ermöglichten genehmigungsfreien Nutzungen bestätigt. Geklärt ist überdies, dass der Nachweis einer konkreten tatsächlichen Schädigung nicht notwendig ist; nach der EuGH-Rechtsprechung genügt insoweit ausdrücklich schon die Möglichkeit, mithilfe bestimmter Anlagen, Geräte oder Medien Kopien zu privaten Zwecken vorzunehmen („...etwaiger Schaden“) (Padawan-Urteil).

3. Aus der Zielsetzung der Richtlinie, ein hohes Schutzniveau zugunsten der Urheber und Inhaber verwandter Schutzrechte zu gewährleisten, dem Zusammenhang mit dem international- und europarechtlichen Drei-Stufen-Test sowie dem Effektivitätsgrundsatz leitet der EuGH im Übrigen eine *Ergebnispflicht* dahingehend ab, dass die Zahlung des gerechten Ausgleichs an die Rechtsinhaber in jedem Falle und unbedingt praktisch sicherzustellen ist (Stichting de Thuiskopie-Urteil).

4. Hinsichtlich der *verbleibenden Ermessensspielräume* hat der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung teilweise auch schon zu Einzelheiten des Erwägungsgrundes 35 Informationsgesellschafts-Richtlinie Stellung genommen. Insbesondere die gegen eine Beteiligung der Sendeunternehmen am gerechten Ausgleich in der deutschen Diskussion schwerpunktmäßig angeführte Geringfügigkeitsklausel in Erwägungsgrund 35 Satz 6 wurde vom EuGH im spezifischen Zusammenhang des Padawan-Urteils als die *minimis*-Klausel interpretiert, die im Hinblick auf die Nachteile durch individuelle Nutzungen einzelner privater Nutzer eine gewisse Pauschalierung und damit ein in gewissem Umfang abstrahierendes Abgabensystem überhaupt erst erlaubt. Demgegenüber würde sie sich nach dieser Rechtsprechung jedenfalls nicht auf einen in der Summe erheblichen, aggregierten Schaden aufgrund zahlreicher Nutzungsakte einer Vielzahl von Nutzern beziehen.

Schließlich hat der EuGH in der Begründung zum Luksan-Urteil verdeutlicht, dass in Situationen sich kumulierender Schutzrechte gegebenenfalls *jedem* der Inhaber eines Vervielfältigungsrechts aus Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie ein eigenständiger Anspruch auf gerechten Ausgleich zusteht und dass dieser eigenständige Anspruch nicht für Aufteilungs- oder Verrechnungslösungen auf der Grundlage entsprechender gesetzlicher Abtretungsvermutungen im mitgliedstaatlichen Recht zugänglich ist. Im unmittelbaren Ergebnis wurde dies für die Ansprüche der Urheber entschieden; die Begründung des Urteils verdeutlicht aber, dass dies jedenfalls hinsichtlich der eigenständigen und nicht *unfreiwillig* entziehbaren Anspruchsberechtigung auch für die sonstigen Rechtsinhaber nach Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie - und damit auch für die Sendeunternehmen - gelten muss.

## **C. Konsequenzen für das deutsche Recht**

### I. Bisherige Argumente in der deutschen Diskussion im Lichte der aktuellen EuGH-Rechtsprechung

Im Lichte der zwischenzeitlich vorliegenden EuGH-Rechtsprechung sind manche der bisher in der deutschen Diskussion vorgebrachten Argumente neu zu bewerten.

So lässt sich das Argument, bei der Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs stehe den Mitgliedstaaten ein weiter *Ermessensspielraum* zu, der aufgrund einer Gesamtabwägung der beteiligten Interessen insbesondere auch einen angemessenen Interessenausgleich dahingehend erlaube, den Sendeunternehmen aufgrund Vergünstigungen an anderer Stelle des Urheberrechtsgesetzes gar keinen eigenständigen Zahlungsanspruch zuzugestehen, so nicht aufrechterhalten. Denn die bisherige EuGH-Rechtsprechung geht davon aus, dass der gerechte Ausgleich in Form eines im Ergebnis praktisch effektiv den Rechteinhabern zukommenden Zahlungsanspruchs zu gewährleisten ist. Außerdem wird aus der Begründung des Luksan-Urteils deutlich, dass die in Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie genannten Rechteinhaber - und damit nach Art. 2 lit. e) auch die Sendeunternehmen - bei Einschränkungen aufgrund einer Privatkopierschranke einen jeweils eigenständigen, originären und unmittelbaren Anspruch auf gerechten Ausgleich haben, der nicht unfreiwillig entzogen werden kann.

Entscheidend für eine Anspruchsberechtigung bezüglich des gerechten Ausgleichs ist vor diesem Hintergrund allein die Frage, ob den Sendeunternehmen aufgrund der in Deutschland vorgesehenen Privatkopierschranke ein *nicht nur geringfügiger Schaden* entsteht. Die bisherige EuGH-Rechtsprechung versteht dabei die in Erwägungsgrund 35 Satz 6 vorgesehene Möglichkeit der Mitgliedstaaten, in Fällen, in denen ein nur geringfügiger Nachteil entsteht, keine Zahlungsverpflichtung vorzusehen, als eine *de minimis*-Klausel, die gewisse Pauschalierungsmöglichkeiten gestattet, um nicht jeden einzelnen Nutzungsakt individueller Nutzer im Rahmen des gerechten Ausgleichs punktgenau kompensieren zu müssen. Entsteht demgegenüber ein in der aggregierten Summe nicht geringfügiger Schaden aufgrund von erlaubnisfreien Nutzungshandlungen im Rahmen der Privatkopierschranke, ist der Anspruch auf Zahlung eines gerechten Ausgleichs, der sich an

diesem Schaden als Bemessungsgrundlage zu orientieren hat, zwingend. Dabei spricht der systematische Zusammenhang mit der VEWA-Rechtsprechung zur Verleihvergütung dafür, den Anspruch auf gerechten Ausgleich zumindest prinzipiell am Umfang der durch die Privatkopierschranke ermöglichten Nutzungen zu orientieren; das aktuelle Urteil in Sachen VG Wort ./ Kyocera (Drucker & Plotter) hat dies auch unmittelbar für den Anspruch auf gerechten Ausgleich bestätigt.

Stellt man stattdessen (enger) auf eine Art *Grundsatz der Naturalrestitution* als Grundlage der Schadensberechnung ab, so lautet die entscheidende Frage, ob die Sendeunternehmen aufgrund der im deutschen Recht vorgesehenen Privatkopierschranke in der aggregierten Summe nicht unerhebliche Schäden erleiden. Dass die Sendeunternehmen im Hinblick auf potentiell entgehende Primärverwertungsmöglichkeiten und insbesondere geringere Werbeeinnahmen aufgrund erlaubnisfreier Privatkopien (wegen der Berechnung der Einschaltquote nur aufgrund der Zahl der Live-Zuschauer) in der Summe nicht unerhebliche Schäden erleiden, wurde in der bisherigen juristischen Literatur – soweit ersichtlich – nicht in Zweifel gezogen. Bezweifelt wurde aber, ob insbesondere die durch die Privatkopiermöglichkeit nur *mittelbar* verursachten Gewinneinbußen bei den Werbeeinnahmen als „Schaden“ in diesem Sinne überhaupt zurechenbar und damit berücksichtigungsfähig sind.

Damit lautet die hinsichtlich der Berechtigung der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich entscheidende juristische Fragestellung genau genommen, ob auch *mittelbare Schäden* der Sendeunternehmen aufgrund der durch den privaten Mitschnitt und die dadurch entgehenden Live-Einschaltquoten geschmälernten Werbeeinnahmen als Nachteil der Sendeunternehmen i.S.d. gerechten Ausgleichs berücksichtigt werden müssen. Der (etwa im Stichting de Thuiskopie vom EuGH betonte) Zusammenhang mit der dritten Stufe des in Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-Richtlinie festgelegten Drei-Stufen-Tests, die vom EuGH mehrfach in Bezug genommenen Erwägungsgründe zur Zielsetzung der Richtlinie, ein hohes Schutzniveau für Urheber, Produzenten und Dienstleister zu erreichen, sowie der systematische Gesamtzusammenhang des Unionsrechts sprechen dabei *für* die Berücksichtigungsfähigkeit auch mittelbarer Schäden aufgrund entgangener Werbeeinnahmen im Rahmen des Schadensbegriffs nach dem Padawan-Urteil. Da nach diesem Maßstab die den Sendeunternehmen entstehenden Schäden in ihrer Gesamtsumme sicherlich nicht lediglich geringfügig in dem Sinne sind, dass ihr Umfang in etwa dem Umfang nur kleinerer Schäden aufgrund lediglich einzelner Nutzungshandlungen individueller Nutzer entspräche, ist aus europarechtlicher Sicht für die Sendeunternehmen ein eigenständiger Zahlungsanspruch auf gerechten Ausgleich zwingend im mitgliedstaatlichen Recht vorzusehen.

Die in der bisherigen deutschen Diskussion hervorgehobenen Überlegungen dahingehend, dass Gewinneinbußen der Sendeunternehmen – anders als bei den sonstigen Leistungsschutzrechtsinhabern – nur mittelbar verursacht werden, dass Sendeunternehmen an anderer Stelle des Urheberrechtsgesetzes bestimmte Vorteile eingeräumt sind und dass

die Schäden der Sendunternehmen möglicherweise in der Summe deutlich geringer ausfallen, als die Schäden sonstiger Rechteinhaber aufgrund der Privatkopierschranke, sind

gegebenenfalls im Rahmen der *Höhe* eines allfälligen Anspruchs auf gerechten Ausgleich berücksichtigungsfähig. Sie können aber nach vorstehenden Überlegungen aufgrund der vorliegenden EuGH-Rechtsprechung *nicht* dazu führen, dass *gar kein* Anspruch der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich besteht oder dieser Anspruch *auf Null* zu reduzieren wäre.

## II. Konsequenzen für den Gesetzgeber

Vor diesem Hintergrund ist der deutsche Gesetzgeber verpflichtet, zugunsten der Sendeunternehmen die tatsächliche Zahlung eines gerechten Ausgleichs sicherzustellen. Dabei ist als Bemessungsgrundlage an den den Sendeunternehmen durch die Privatkopierschranke entstehenden Schaden anzuknüpfen.

Die einfachste, systematisch konsistenteste, praktisch effektivste und daher aus unionsrechtlicher Perspektive auf die im Stichting de Thuiskopie-Urteil festgelegte *Ergebnispflicht* europarechtlich sicherste Lösung zur Anpassung des deutschen Rechts an diese unionsrechtliche Vorgabe geht dahin, den letzten Teil des § 87 Abs. 4 UrhG zu streichen und so die grundsätzliche Beteiligung der Sendeunternehmen an der Geräte- und Leermedienvergütung sicherzustellen. Die Festlegung der quotalen Höhe dieser Beteiligung hinsichtlich der einzelnen Abgaben bliebe auf dieser Basis, insoweit genau entsprechend den etablierten Strukturen der Privatkopierabgabe in Deutschland, einer diesbezüglichen Einigung der beteiligten Kollektivparteien überlassen.

## III. Konsequenzen für die deutschen Gerichte

Solange eine gesetzgeberische Lösung nicht erfolgt ist, sind die deutschen Gerichte verpflichtet, das deutsche Recht richtlinienkonform zu interpretieren bzw. (nach der Quelle-Rechtsprechung des BGH) richtlinienkonform fortzubilden. Eine entsprechende Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung bzw. Fortbildung des mitgliedstaatlichen Rechts wurde vom EuGH im Stichting de Thuiskopie-Urteil auch schon konkret bezüglich des Anspruchs auf gerechten Ausgleich festgestellt. Die derzeit einzige - und damit für die deutschen Gerichte auf Grundlage der Geltung des Urheberrechtsgesetzes alternativlose - Möglichkeit zur Umsetzung des Anspruchs der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich besteht darin, § 87 Abs. 4 UrhG teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass der Verweis auf die Vorschriften des sechsten Abschnittes des ersten Teils des Urheberrechtsgesetzes auch § 54 Abs. 1 Urheberrechtsgesetz mit einschließt, so dass die Sendeunternehmen am bestehenden System der Geräte- und Leermedienvergütung beteiligt werden.